

Wandel des Europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts?

ZHR 168 (2004) 1–7

Die Frage, ob sich das europäische Wirtschaftsverfassungsrecht wandelt, hat jüngste Aktualität durch den vom Konvent vorgelegten Entwurf eines (neuen) europäischen Verfassungsvertrags (E-VVE) erhalten. Statt der gegenwärtigen Verpflichtung von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten auf „eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 4 EGV) erhebt der Entwurf in seinem Zielteil „eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ zu einer der Grundlagen der Entwicklung Europas (Art. I-3 Abs. 3 E-VVE). Die Preisstabilität erscheint nicht mehr im Zielartikel. Die Anerkennungs- und Funktionsorgeklausel zugunsten der sog. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird um eine unionale Kompetenz zur Festlegung der Grundsätze und Bedingungen für deren Funktionieren ergänzt (Art. III-6 Abs. 2 E-VVE). Kritisch dazu vertritt ein Mitglied der „European Constitutional Group“ die These, dass die Freiheit der Bürger im Konventsentwurf nicht Ausgangspunkt der Verfassungssetzung sei, sondern allenfalls den Charakter einer Nebenbedingung habe.¹ Daneben sind zunehmend gemeinschaftsrechtlich generierte Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit erkennbar: z. B. das Verbot der Tabakwerbung in Presseerzeugnissen,² Beschränkungen der Lebensmittelwerbung,³ Registrierpflichten im Chemikalienbereich⁴ oder die Ausgestaltung eines Systems des Emissionshandels⁵ u. a. m. Teils kritisch vermerkt wird auch die sog. offene Methode der Koordinierung.⁶ Von einem Mitglied des Bundesverfassungsgerichts wurde überdies jüngst das nach Art. 79 Abs. 3 GG gesicherte Sozialstaatsprinzip gegen das nach seiner Ansicht „überbetonte“ Wettbewerbsprinzip des EG-Vertrags in Position gebracht.⁷ Deuten sich in alledem Elemente

1 *Kirchner*, Zehn Fragen an eine europäische Verfassung, in F.A.Z. v. 29. 11. 03, S. 11.

2 Vgl. Einigung im Rat v. 2. 12. 2002.

3 Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel v. 16. 7. 2003, F.A.Z. v. 11. 7. 03, S. 11.

4 Dazu *Knop*, Chemie im Streit mit Brüssel, F.A.Z. v. 11. 7. 03, S. 11; s. auch F.A.Z. v. 30. 10. 03, S. 11.

5 Dazu *Burgi*, Die Rechtsstellung der Unternehmen im Emissionshandelsystem, NJW 2003, 2486 ff.

6 Kritisch *Hort*, Koordinitis à la Brüssel, F.A.Z. v. 22. 10. 03; befürwortend *Bodewig*, Die offene Methode der Koordinierung in der EU, EuZW 2003, 513.

7 *Broß*, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, 874 ff. unter Verknüpfung sowohl der Gemeinwohlfunktion des Wettbewerbsprinzips als auch der differenzierten Einschränkung im EG-Vertrag.

eines Übergangs vom Verständnis einer grundsätzlich wettbewerbsfördernden Weichenstellung des europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts (Stichwort: rechtlich strukturiertes Regel-Ausnahme-Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Sozialgestaltung⁸) zu einem stärker eingriffs- und regulierungsfreudigen Ansatz an?

I. Im geltenden Primärrecht sind hierfür maßgebliche Messstationen: die transnationalen Marktgrundfreiheiten, die Wettbewerbsregeln, die marktintegrativen Handlungsermächtigungen und das Schutzpotenzial der Gemeinschaftsgrundrechte.

1. Für die *Grundfreiheiten* bietet die Rechtsprechung auf den ersten Blick ein gespaltenes Bild. So vollzieht sich ohne Anhalt im EG-Vertrag ein *Aufwuchs* ungeschriebener zwingender *nationaler Interessen*, aus denen ein Handelshemmnis im binnenmarktlichen Freiverkehr rechtfertigbar ist. Anerkannt sind mittlerweile u. a. auch die Kohärenz des Steuersystems, die Funktionsfähigkeit der Systeme sozialer Sicherheit und der Gläubigerschutz. Andererseits werden ebenfalls ausweitend immer weitere *Politikbereiche* den grundfreiheitlichen Beschränkungsverboten unterworfen, u. a. auch Besteuerung und Sozialpolitik, Gesellschaftsrecht und Umweltschutz, Kulturpolitik und Sanktionen bei Straftaten. Beide Entwicklungslinien bergen *Änderungen* in der Ausfüllung des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Rahmens, *wenn sie nicht* aufeinander abgestimmt werden. *Isoliert* laufend können sie zu einem *Übermaß* oder *Untermaß* an Achtung einzelstaatlich sozialregulativer Interessen im Verhältnis zum binnenmarktlichen Freiverkehr und Wettbewerb führen. Dies wird *vermieden*, wenn die Ausweitung der zwingenden Regulativinteressen nur auf die Ausweitung des Beschränkungsverbots *reagiert*. In diesem Sinne ist die sich verstetigende Judikatur *grundsätzlich sinnfällig*. Da dadurch der grenzüberschreitend wettbewerbseröffnende Zweck nunmehr schlüssig in allen Grundfreiheiten als ein allgemeines, nicht allein gegen Diskriminierungen gerichtetes Beschränkungsverbot verstanden wird,⁹ weitet sich das Konfliktfeld folgerichtig in grundsätzlich alle nationale Rechtsbereiche und Sachpolitiken. Damit hat aber immer dann eine Anerkennung von ungeschriebenen Schutzinteressen und der dazu geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen und diskriminierungsfreien Maßnahmen einherzugehen, wenn es ansonsten zur Gefährdung eines unbestreitbar schützenswerten Gutes käme. Folgerichtig zum Binnenmarktkonzept tritt in der jüngeren Judikatur neben die überkommene Wirkkraft der beiden Produktfreiheiten (Artt. 23 ff., 49 ff. EGV) nunmehr deutlich stärker die Aktivierung der Faktorfreiheiten der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (Artt. 43 ff., 56 ff. EGV).

8 Im Einzelnen *Müller-Graff*, Die wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?, EuR 1997, 433, 439 ff.

9 Vgl. *Müller-Graff*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts, EuR Beiheft 1/2002, 7, 45 ff.

In Art. 43 EGV sinnfällig ist die Rückdrängung von Hemmnissen im *internationalen Gesellschaftsrecht* für den *Zuzug* von Unternehmen in der Rechtsform eines anderen Mitgliedstaats (Stichworte: *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*), auch wenn sie kollateral die Attraktivität gemeinschaftsrechtlich begründeter, aber auf nationales Privatrecht angewiesener und dadurch rechtlich komplexer Gesellschaftsformen (EWIV, SE, EPG) schmälert (neues Leitbild der Vielfalt). Auch *Wegzugshindernisse* sind trotz des Zögerns des EuGH grundsätzlich an Art. 43 EGV zu messen. Wenn eine herkunftsstaatliche Anordnung des Verlusts der Staatsangehörigkeit bei Wohnsitzverlegung in einen anderen Staat als Beschränkung der Artt. 39, 43 EGV anzusehen ist, kann auch der herkunftsstaatlich angeordnete Verlust der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft allein wegen Sitznahme in einem anderen Mitgliedstaat nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein. Die Entwicklung des Art. 43 EGV erfordert wirtschaftsverfassungsrechtliche Aufmerksamkeit im Blick auf die Rechtfertigung von Zuzugshindernissen aus zwingenden Allgemeininteressen unter dem Gesichtspunkt sowohl deren Über- als auch deren Unterbetonung. So kann schwerlich schon grundsätzlich das sozialpolitische Ziel eines Mitgliedstaats, *Arbeitnehmer* an Entscheidungen eines Unternehmens zu beteiligen, aus dem Kreis zwingender Erfordernisse herausgehalten werden. In Art. 49 EGV jedenfalls würde die Bindung ausländischer Leistungsanbieter an das Arbeitsrecht des Tätigkeitsstaats grundsätzlich anerkannt.¹⁰ Allerdings gilt das Diskriminierungsverbot. Sollte der deutsche Gesetzgeber eine Erreckung der Mitbestimmung von 1976 auf Unternehmen ausländischer Rechtsform ins Auge fassen wollen, würde dies wegen der Unterschiede der Gesellschaftsformen wohl nur gelingen, wenn ein rechtsformunabhängig nutzbares Modell entwickelt würde, das auch die gegenwärtige Mitbestimmungsregelung für deutsche Unternehmen ersetzt. Angesichts der sich im Licht der Funktionserfordernisse einer effektiven „Corporate Governance“ mehrenden Kritik am Mitbestimmungsgesetz von 1976¹¹ läge darin die Chance einer funktionsgerechten Rundummodernisierung und Auslegung der Mitbestimmung aus dem ohnehin nicht für die Mitbestimmung geschaffenen gesellschaftsorganisationellen Rahmen, wie sie etwa jüngst mit dem Modell eines Konsultationsrats vorgeschlagen wurde.¹²

Die *Sicherung öffentlichen Einflusses* in Unternehmen (Stichwort: *Goldene Aktien*) ist neuerdings stimmig zum Binnenmarktkonzept als Problempotenzial für die Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit erkannt.¹³ Allerdings hat die Praxis noch eine tragfähige Feinabgrenzung zwischen beiden Freihei-

10 Grundlegend EuGH, Rs. C-113/89 *Rush Portuguesa*, Slg. 1990, I-1417 Rdn. 18.

11 Vgl. soeben Berliner Netzwerk Corporate Governance (*Kirchner/Säcker/Schwabach/Schwark/v.Werder/Windbichler*), Corporate Governance und Modernisierung der Mitbestimmung, Thesenpapier vom 5. 12. 2003.

12 Ebda.; vgl. auch *Grobys*, Editorial, NJW 2003 Heft 34.

13 Vgl. die Entscheidungen EuGH EuZW 2002, 429 ff., 433 ff., 437 ff.; EuZW 2003, 526 ff., 529 ff.

ten zu vollziehen, wenn nicht nur eine Kapitalanlage, sondern die Gewinnung unternehmerischen Einflusses in Rede steht. Für die Rechtfertigung von Behinderungen ist auch hier der Mittelweg zwischen Übermaß und Untermaß rechtfertigender Allgemeininteressen zu finden. Die Anerkennung jedes einflussichernden Zwecks¹⁴ würde beide Freiheiten normzweckwidrig schmälern,¹⁵ doch wäre umgekehrt die Nichtberücksichtigung jeder Sicherung öffentlichen Einflusses in strategisch wichtigen Wirtschaftssektoren als zwingendes Allgemeininteresse kaum mit der Wertung des Art. 295 EGV vereinbar.

2. Im Bereich der *Wettbewerbsregeln* wird der Übergang zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EGV gesteigerte Beobachtung nunmehr auch im Hinblick auf die Auslegung der dort genannten Rechtsgüter zur Rechtfertigung von Wettbewerbsverfälschungen erfordern. Im Hinblick auf die Sonderstellung von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von *allgemeinem wirtschaftlichem Interesse* betraut sind (Art. 86 Abs. 2 EGV), ist nicht erkennbar, dass sich die Anerkennung derartiger Dienstleistungen nennenswert mehrt.¹⁶ Problematisch sind jedoch Lockerungen der Anforderungen an die Funktionsverhinderung.¹⁷ Im *Beihilfenaufsichtsrecht* (Artt. 87 ff. EGV) haben jüngere Entscheidungen, in denen der Beihilfecharakter einer staatlichen Maßnahme verneint wurde (*PreußenElektra*, *Ferring*, *Altmark Trans*), die Befürchtung einer Schwächung der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle aufkommen lassen. Kommt indes die Abnahmepflicht von windgeneriertem Strom ohne Belastung des öffentlichen Budgets aus, ist sie dogmatisch keine Beihilfe,¹⁸ gegebenenfalls aber ein Handelshemmnis gemäß Art. 28 EGV. Im Ausschluss kostenangemessener Kompensation für flächendeckende Leistungspflichten (Arzneimittelvorhaltung, Transport) aus dem Beihilfebegriff werden zwar Gedanken der Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV bereits im Verbotstatbestand relevant,¹⁹ doch lässt sich dies mit der Begründung halten, dass eine Wettbewerbsverfälschung nicht vorliegt, wenn ein aktueller oder potenzieller Wettbewerb in der Erbringung der kompensierten Leistungen nicht besteht. Aufmerksamkeit ist gegenüber der Bewertungshoheit der Kommission in Art. 87 Abs. 3 EGV geboten. Hier ist die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit auf dem rich-

14 In diese Richtung aber GA *Colomer*, Schlussanträge in den Rs. C-367/98, C-483/99 und C-503/99 Tz. 62 ff.

15 Vgl. *Müller-Graff*, Einflussregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: FS Ulmer, 2003, S. 928, 947.

16 Zum neuesten Stand *Hochbaum/Klotz* in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV-Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 86 Rdn. 58 ff.

17 Vgl. *Hochbaum/Klotz* (Fn. 21), Rdn. 75.

18 Zu dieser Grenze des Beihilfebegriffs *Müller-Graff*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403, 423 f.

19 Zu „Altmark Trans“ *Wernicke*, Editorial, EuZW 2003, 481; zu *PreußenElektra Faber*, NuR 2002, 140 f.

tigen Weg, wenn sie die überzeugende Erfüllung der Begründungslast der Kommission (Art. 253 EGV) strikt überprüft.

3. Wirtschaftsverfassungsrechtlich relevante Änderungen können auch *kompetenzrechtlicher* Natur sein, wenn eine marktintegrative Ermächtigungsgrundlage als tragfähig für nicht-marktintegrative Zwecke angesehen wird. Dann kommt es zu Regulierungen, ohne einen Marktzugang zu schaffen oder eine Wettbewerbsverfälschung zu überwinden. Dem ist der EuGH im spektakulären Fall des Werbeverbots für Tabakprodukte, in dem Art. 95 EGV für ein gesundheitspolitisches Ziel zu nutzen versucht wurde, billigenwert entgegengetreten. Der nächste Test steht mit dem Verbot der Werbung von Tabakerzeugnissen in der Presse bevor. Die Tragfähigkeit des Art. 95 EGV ist auch hier zweifelhaft.²⁰

4. Am *Grundrechtsschutz* gegenüber Gemeinschaftsakten lässt sich der Stand der Wirtschaftsverfassung bislang nur begrenzt ablesen, doch gewinnt dieses Messkriterium an Bedeutung.²¹ Zwar orientiert sich die binnenmarktliche Rechtsetzung unverändert an der Überwindung von Zugangshindernissen und Wettbewerbsverfälschungen aus unterschiedlichen staatlichen Schutzregeln, doch verschieben sich dadurch Initiative und Festlegung der Schutzstandards von den Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft.²² Mit der Stärkung des Freiverkehrs können dadurch paradoxerweise die wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten breitflächiger oder stärker eingeschränkt werden als es vordem üblich war. Speziell aus deutscher Sicht ist dies rechtskategorial vor allem eine Frage des Grundrechtsschutzes. Keineswegs ist ausgemacht, dass der EuGH hier eine parallelisierende Schutzstärke zu derjenigen der transnationalen Grundfreiheiten entwickeln wird, wenn großzügig dem politischen Beurteilungsspielraum Raum gegeben wird. Beim Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in der Presse wäre dies zweifelhaft. Wird nicht schon Art. 95 EGV verneint, bedarf die Frage der Verhältnismäßigkeit zwischen dem erwartbaren Gewinn für den Gesundheitsschutz und der Gefährdung von Pressevielfalt und Pressefreiheit infolge Wegbrechens von Werbeeinnahmen sorgfältiger Prüfung. Sie ist z. B. auch für die Vorhaben zur Lebensmittelkennzeichnung, zur Registrierung von Chemikalien und zum CO₂-Emissionshandel sowie im Konflikt der Antidiskriminierungs-Richtlinien mit der Privatautonomie²³ unverzichtbar, zumal die Stimmponderierung im Rat dem Demokratieprinzip widerspricht.

20 Vgl. *Müller-Graff*, Tabakwerbeverbot – Die EG erneut auf schmalen Grat, EWS 2003, S. 1.

21 Vgl. auch *Möstl*, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt, EuR 2002, 318, 347 f.

22 Vgl. nur die oben (Fn. 2 ff.) genannten Initiativen aus jüngerer Zeit.

23 Kritisch insbesondere zum geplanten Umsetzungsgesetz *Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm, JZ 2003, 540 ff.; s. auch *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57 ff.

II. Der Konventsentwurf²⁴ ist wirtschaftsverfassungsrechtlich noch wenig ausgelotet. Hinsichtlich der *Ordnungsentscheidung* hat die Textneuerung „soziale Marktwirtschaft“ freilich eher politrhetorisches Gewicht als rechtliche Substanz. Sie beinhaltet insoweit nicht mehr als die ohnehin selbstverständliche Leitlinie, wirtschaftliche Handlungsfreiheiten nicht ohne Achtung zwingender Gemeinwohlinteressen zu gewährleisten. Überdies umfasst der Zielkranz des Art. I-3 Abs. 2 E-VVE textexplizit „einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“ und jedenfalls in Art. III-69 E-VVE kehrt die Verpflichtung der Wirtschaftspolitik auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb wieder.

Maßgeblich für den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gehalt sind, wie schon im geltenden Primärrecht, ohnehin die *impliziten Festlegungen*²⁵ in Grundfreiheiten, Wettbewerbsregeln und Grundrechten. Der Entwurf enthält insoweit keine Änderung des Grundkonzepts. Die Grundfreiheiten avancieren allerdings nach Festlegung der Werte und Ziele zu einer hervorgehobenen Grundlagennorm (Art. I-4 E-VVE), werden teilweise im Grundrechtsteil aufgeführt (Art. II-15 Abs. 2 E-VVE) und folgen in ihrer konkreten Ausgestaltung (Art. III-18ff. E-VVE) ebenso wie die Wettbewerbsregeln der gegenwärtig geltenden Spur. Die Freiheit der Einzelnen ist also nicht „Nebenbedingung“, sondern weiterhin Ausgangspunkt. Verstärkend kommt die grundrechtliche Absicherung wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten im zweiten Teil hinzu. Auch gibt es keinen Anhalt, dass der gegenwärtige marktrechtliche Kriterienraster²⁶ für Freiheitseinschränkungen verändert wird. Kontinuität zeigt sich auch in der binnenmarktlichen Kompetenzausstattung, ist aber bei qualifizierter Mehrheitsentscheidung nur im Verbund mit dem Prinzip der doppelten Mehrheit völkerrechts- und demokratiestimmig. Sie wurde – erwartbar – nicht rückgeschnitten.²⁷ Die neue Kompetenz für die Daseinsvorsorge darf eine wirtschaftsordnungsrechtliche Verschiebung nicht zur Folge haben, da Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV unverändert bleiben (Art. III-55 E-VVE).

Bemerkenswert ist schließlich, dass die hohe *Bestandssicherung* der prägenden Kennzeichen des europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts im dritten Teil durch das Einstimmigkeitserfordernis bei künftigen Primärrechtsänderungen (gegenwärtig Art. 48 EUV) im Konventsentwurf unverändert bleibt (Art. IV-8 E-VVE). Anderes gälte, wenn, wie im Vorfeld diskutiert,²⁸ die außerhalb des ersten Teils enthaltenen Bestimmungen einer erleichterten Änderbarkeit zugänglich wären. Dem muss entgegnet werden, wer für die Kontinuität der europäischen Wirtschaftsverfassung eintritt.

24 Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa v. 18. 7. 2003.

25 Zu deren Bedeutung für das gegenwärtige Primärrecht a. a. O. (Fn. 8), 439 ff.

26 Dazu a. a. O. (Fn. 8), 443 f.

27 Kritisch *Kirchner*, a. a. O. (Fn. 1).

28 Ausgelöst durch den Vorschlag von *Debaene/Simon/v. Weizsäcker*, Die institutionellen Auswirkungen der Erweiterung, Bericht an die Europäische Kommission v. 18. 10. 1999, S. 12 f.

III. Insgesamt ergibt sich damit ein Bild bewegter Kontinuität. Gewiss ist, dass sich an der primärrechtlichen Verlässlichkeit der rechtlich justierten Balance zwischen wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten und zulässigen Regeln des Sozialschutzes auch künftig der Erfolg der Union zuallererst entscheiden wird.

Peter-Christian Müller-Graff